



DIREITO AO TRATAMENTO COMO IGUAL: DWORKIN E A LUTA DO NEGRO POR POLÍTICAS ÉTNICAS JUSTAS

DOI: <http://dx.doi.org/10.48098/refiedi.v2i1.279>

RIGHT TO TREAT AS EQUAL: DWORKIN AND THE BLACK'S STRUGGLE FOR FAIR ETHNIC POLICIES

DERECHO A TRATAR DE IGUALDAD: DWORKIN Y LA LUCHA DEL NEGRO POR POLÍTICAS ÉTNICAS JUSTAS

Thaís Cristina Alves Costa

Universidade Federal de Pelotas - Brasil

RESUMO

Os modelos de ações afirmativas são um tipo de política que visam, *grosso modo*, a promoção da diversidade e da distribuição de renda entre as camadas sociais para reduzir ou equilibrar questões de igualdade. Inserido nessa dinâmica social contemporânea, o objetivo central deste texto é analisar se o modelo de ação afirmativa, enquanto desdobramento da teoria liberal igualitária de Ronald Dworkin, consegue ser uma alternativa justificada para resolver o desequilíbrio social presente em sociedades racistas. Se minha hipótese estiver correta, defenderei que o modelo de ações afirmativas de acesso à educação para os negros é justificável e necessário para combater problemas como o racismo e a desigualdade social na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Ação Afirmativa. Justiça. Negro. Igualdade.

ABSTRACT

Models of affirmative action are a kind of policy which aimed, roughly, the promotion of diversity and distribution of income between social classes to reduce or balance equality issues. Considering this contemporary social dynamics, the central aim of this paper is to analyze whether the affirmative action model, while deployment of egalitarian liberal theory of Ronald Dworkin, can be a justified alternative to solve the social imbalance present in racist societies. If my hypothesis is correct, I will argue that the affirmative action model of access to education for blacks is justified and necessary to combat problems such as racism and social inequality in contemporary times.

Keywords: Affirmative Action. Justice. Black. Equality.

RESUMEN

Los modelos de acción afirmativa son un tipo de política que tiene como objetivo, en términos generales, promover la diversidad y la distribución del ingreso entre los estratos sociales para reducir o equilibrar los problemas de igualdad. Insertado en esta dinámica social contemporánea, el objetivo central de este texto es analizar si el modelo de acción afirmativa, como despliegue de la teoría liberal



igualitaria de Ronald Dworkin, logra ser una alternativa justificada para resolver el desequilibrio social presente en las sociedades racistas. Si mi hipótesis es correcta, argumentaré que el modelo de acción afirmativa de acceso a la educación para los negros está justificado y es necesario para combatir problemas como el racismo y la desigualdad social en la sociedad contemporánea.

Palabras clave: Acción Afirmativa. Justicia. Negro. Igualdad.

Introdução

Desde que Platão escreveu a *República*, a questão da justiça social tornou-se um problema comum de todas as sociedades. Não é à toa que, para sua discussão, diferentes foram os modelos sugeridos para dar conta do que consideramos como sendo o justo, o bom ou o correto em termos de *função* do Estado para com seus cidadãos. Tais modelos, sejam eles utilitaristas, liberais, igualitaristas, teóricos das virtudes ou comunitaristas tentam tratar do problema de justiça sugerindo diferentes pontos de partida, e esses pontos são tão diversos quanto seus modelos teóricos. Dentro dessa dinâmica social, o problema da igualdade ergue-se como a pedra de toque de muitas teorias, muitas das quais lançaram mão de diferentes expedientes para sua resolução.

Uma das tentativas de resolver o desequilíbrio social é dada pelo modelo de ações afirmativas. Entre os teóricos preocupados com tais questões, podemos destacar Ronald Dworkin, o qual vê nessas políticas o potencial necessário para a resolução de alguns destes problemas. Se concordarmos com Beatty que Dworkin foi o “(...) mais eminente filósofo jurídico do mundo até hoje (...) praticamente ninguém, se é que há alguém, se equipara a ele na capacidade de tratar ao mesmo tempo das grandes questões teóricas e da prática do juiz” (BEATTY, 2014, p.47), podemos imaginar que seu pensamento extrapola discussões circunscritas ao âmbito jurídico, atingindo discussões sobre o ideal de justiça em um Estado Democrático de Direito. Partindo dessa perspectiva, o filósofo analisa as principais decisões da corte norte-americana para, em seguida, propor políticas públicas (*policies*) para a resolução dos problemas de justiça, dentre elas as ações afirmativas no ensino superior, nosso objeto de discussão.

Para tal, dividiremos o texto em duas partes, inicialmente apresentaremos o modelo de justiça igualitária de Dworkin que, por sua vez se configura no direito ao tratamento como igual. Posteriormente, demonstraremos como o seu modelo de ação afirmativa pauta-se no



argumento da diversidade que é necessária no ensino superior. Ao final, seremos capazes de averiguar os desdobramentos dessa defesa.

I

A ideia de justiça em Dworkin é pautada na esfera igualitária liberal, de tal forma que compreende a perspectiva de justiça distributiva e liberdades individuais. Nesse sentido, mais do que estipular o que é a justiça de um modo geral, a questão em voga é “saber qual é a forma justa de responder à injustiça” (RAWLS, 2000, p.245), ou seja, como evitar que a desigualdade extermine os valores sociais de “liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do auto respeito” (RAWLS, 2000, p.62) que devem sob a ótica da justiça igualitária ser distribuído a todos¹. Para isso, Dworkin lança mão de um modelo igualitário que possui como alternativa a igualdade de recursos.

Essa justiça igualitária será garantida apenas na medida em que os recursos forem distribuídos de forma igual, sem que haja dependência de critérios subjetivos de bem-estar. Isso porque, para ele, essas teorias se referem às particularidades individuais que impossibilitam o seu êxito, tornando impossível imaginar quais critérios poderíamos adotar em relação ao que seria o ideal de bem-estar. Seguindo a mesma linha de argumentação de Dworkin, Guest questiona:

Se as pessoas devem ser tratadas como iguais, em que elas devem ser igualadas? Felicidade? Riqueza? Prazer? Sucesso em um campo escolhido? Beleza? Saúde? Sorte? O que elas querem? Lotes de terra? Cada uma dessas coisas suscita os seus próprios problemas (...). Um governo não pode dotar as pessoas de sucesso ou felicidade, mas pode fornecer, à guisa de distribuição de recursos, na forma de bens e serviços, os meios para essas coisas (GUEST, 2010, p.246).

Ademais, para que a igualdade de bem-estar prospere, seria necessário que toda a população informasse ao governo a sua condição, e este teria que considerar como importante o que cada pessoa traça para si como ideário de vida. Por conseguinte, isso seria impossível, pois não haveria como o Estado chegar a um consenso acerca das políticas sociais adequadas para assegurar a igualdade de bem-estar a todos os indivíduos. Segundo Dworkin:

Suponhamos, por exemplo, que um homem razoavelmente abastado tenha alguns filhos, um dos quais é cego, outro é um *playboy* com preferências dispendiosas, um terceiro tem pretensões políticas com aspirações dispendiosas, outro é um poeta com necessidades humildes, outro é um

1 Álvaro de Vita na obra *A justiça igualitária e seus críticos*, explana acerca das injustiças de ordem social afirmando que, “para determinar que espécie de eventos se qualificam como “injustiças”, somos inevitavelmente levados a nos engajar em comparações contrafactuais entre o *status quo* e estruturas institucionais que são alternativas possíveis” (VITA, 2007, p. 220). Nesse sentido, Vita entende por injustiça as privações oriundas da desigualdade e pobreza que dispensamos aos outros.



escultor que trabalha com material caro etc. Como ele deve elaborar seu testamento? (DWORKIN, 2012, p.5).

De acordo com a teoria dworkiniana, no contexto de um Estado democrático de Direito, a igualdade deve sempre prevalecer em relação à liberdade, uma vez que é a virtude cardinal presente na comunidade política. Dada sua importância, a igualdade de recurso surge como faceta para a justiça distributiva compatível com uma sociedade baseada em um princípio político de igual consideração de todos os seus membros. Dworkin partirá, assim, do pressuposto de que deve existir a igualdade de qualquer recurso. Caberá ao Estado a função da igualdade no tratamento de seus cidadãos, sendo que há duas formas de entender o direito à igualdade. A saber, (i.) o direito a um tratamento igual ou (ii.) o direito ao tratamento como igual². O tratamento igual (i.) consiste no direito a uma distribuição igualitária de oportunidade, recursos e encargo (e.g., o direito ao voto ou à educação básica), ao passo que o segundo (ii.) se configura pelo direito de todos os cidadãos serem tratados com igual consideração e atenção, sendo este um direito inalienável e fundamental³.

A igualdade de recursos proposta por Dworkin ocorrerá na prática através da justiça distributiva. Para ilustrar tal relação, Dworkin se vale na obra *Sovereign Virtue* do chamado leilão igualitário, propondo que imaginemos um leilão que seja “sensível a dotação”, mas não “sensível à ambição”. Para isso, Dworkin nos propõe a análise de uma situação hipotética. Imaginemos que naufragos cheguem em uma ilha nunca anteriormente habitada e que resolvam fazer a divisão dos recursos disponíveis no local, ou seja, a distribuição de todos os recursos disponíveis na sociedade. Essa divisão ocorre por meio de um leilão, no qual todos os participantes recebem um número igual de conchas (100 conchas) para dar os lances pelos recursos que melhor se ajustam a seus planos de vida.

O leilão será exitoso se cada indivíduo ficar feliz com o seu pacote adquirido e, assim, não desejar o pacote do outro. Entra em cena o “teste de cobiça” para verificar se alguém cobiçará os recursos do outro⁴. O teste de cobiça revela o aspecto igualitário da teoria de Dworkin, no qual todos partem do mesmo quinhão para realizar as suas escolhas ao longo da

2 Dworkin afirma que a igual consideração e respeito devem ser exigidos da comunidade política, sendo a igualdade de fato a verdadeira virtude soberana da comunidade. De acordo com o filósofo: “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania. (DWORKIN, 2012, p. IX).

3 Cf. Dworkin, R. *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*. London: Harvard University Press, 2002. Parte 1 – The theory.

4 Segundo Dworkin, a distribuição dos recursos, somente passará pelo teste de cobiça quando: “Ninguém cobiçará as compras de ninguém porque, hipoteticamente, poderia ter comprado tal porção com suas conchas, em vez da porção que comprou”. (DWORKIN, 2012, p.84).



vida⁵. O que importa na teoria dworkiniana é que todos tenham igualdade de ponto de partida, ou seja, que todos tenham os mesmos recursos para competir e realizar as suas escolhas futuras. O Estado assume, por sua vez, uma posição neutra em relação às escolhas individuais após a divisão igualitária dos recursos. Tal proposta igualitária é vista por alguns estudiosos como um esquema igualitário mais justo das teorias igualitárias atuais. De acordo com Cohen, “Dworkin na realidade prestou um serviço considerável ao igualitarismo ao incorporar a ideia mais poderosa do arsenal da direita anti-igualitária: a ideia da escolha e da responsabilidade”⁶. Isso porque, após o sujeito realizar a escolha de seu quinhão, tendo em vista seu projeto de vida, ele arcará com a responsabilidade de suas escolhas naquele momento, bem como posteriormente. Para Kymlicka, a visão igualitária de Dworkin assume a sua forma mais defensável na medida em que adota o “teste de cobiça”, segundo ele:

Tal esquema distributivo seria justo, embora permitisse certa desigualdade de renda. O horticultor e o tenista têm rendas desiguais, mas não há nenhuma desigualdade quanto ao respeito e interesse, já que cada um deles pode viver a vida que escolher, cada um tem igual capacidade de fazer lances por este pacote de bens sociais que servem melhor suas crenças a respeito do que dá valor à vida (KYMLICKA, 2006, p.100).

É para resolver possíveis conflitos em relação ao processo de divisão dos recursos que o teste de inveja é utilizado para aferir o leilão, ou seja, a divisão é feita a partir do que cada pessoa considera ser o melhor quinhão para si. Entretanto, esse teste só será satisfatório se partirmos do princípio de que ninguém possui desvantagens em termos de bens naturais, ou seja, não envolve a distribuição de talentos, genes ou qualquer atributo natural. Assim, ao mesmo tempo em que o leilão é falho ao distribuir os recursos da sociedade ao não considerar as desvantagens naturais, ele, *de per se*, não será suficiente para evitar o sentimento de inveja e injustiça, haja vista que aqueles com tais desvantagens cobiçarão aquilo que é conquistado pelos outros que não possuem essa desvantagem. Assim, para solucionar esse problema e garantir a igualdade no ponto de partida e durante o desenvolvimento do mercado que o

5 Kymlicka, ao criticar o leilão igualitário dworkiniano, afirma que: “Como o teste de inveja não diz nada sobre o bem-estar das pessoas, é possível que, de duas pessoas igualmente talentosas, uma seja infeliz e a outra, muito feliz. Tudo o que o teste de inveja nos diz é que a pessoa infeliz seria ainda mais infeliz se tivesse o pacote de recursos que a pessoa muito feliz possui. Imaginemos alguém que é congenitamente melancólico e taciturno, independentemente do tipo de recurso que tem e do tipo de sucesso que tem os seus projetos. Nesse caso, satisfazer o teste de inveja não produzirá benefícios iguais para cada pessoa. Cada pessoa infeliz não pode controlar seu mau humor congênito, poderíamos pensar que por isso tem certo direito extraordinário a recursos. (Por outro lado, como a infelicidade da pessoa não é *ex hypothesis* devida ao pacote de recursos que tem, não está claro como qualquer redistribuição irá mudar sua infelicidade)”. (KYMLICKA, 2006, p. 100).

6 COHEN, G. “On decurrancy of equalitarium justice”. *Ethics*, p. 933, *Apud*, Ferraz, “Justiça distributiva para cigarras e formigas”. *Novos Estudos*, p. 245.



filósofo lança mão da ideia do seguro, que se desdobrará na ideia de compensação e tributação que visam a combater as diferenças naturais, bem como os possíveis problemas de economia de mercado⁷.

Antes de adentrarmos nas questões referentes ao seguro proposto por Dworkin, faz-se necessário traçar uma distinção entre as formas de sorte. Para Dworkin, há duas formas de sorte: a sorte bruta e a sorte por opção. A sorte bruta é próxima à loteria natural rawlsiana⁸. As desigualdades naturais a que todos estão submetidos não pertencem à seara de nossas escolhas como, por exemplo, o fato de nascer numa família bem estruturada financeiramente ou não, ter habilidade para os esportes, para as artes ou ser um imbecil. Por outro lado, a sorte por opção é aquela relacionada às nossas escolhas sendo deliberações, nas quais, podemos ou não ter sucesso.

Para solucionar os problemas tanto da sorte bruta, quanto de sorte por opção, há o recurso ao seguro hipotético. Tal dispositivo é uma forma de minimizar os resultados das escolhas e apostas realizadas na execução do plano de vida individual, sendo “similar à ideia de Rawls de posição original. Devemos imaginar pessoas por trás de um véu de ignorância modificado”⁹, quer dizer, as pessoas, antes da realização do leilão, não sabem seu lugar na distribuição dos talentos naturais e devem supor que são suscetíveis a diversas desvantagens naturais. A partir de então, é dado um quinhão para cada pessoa e, posteriormente, é solicitado quanto que cada um estaria disposto a contribuir caso ele venha a ter algum tipo de desvantagem natural ou algum desfavorecimento posterior à distribuição. Cada valor do pacote cobre certo nível de desvantagens. Assim, a aquisição do seguro neste mercado hipotético faz com que sejam diminuídas as desigualdades surgidas posteriormente ao leilão¹⁰.

7 A igualdade de recurso está inserida na ideia de mercado econômico como núcleo dessa distribuição. Nesse sentido, Dworkin afirma que: “Deveríamos, portanto, buscar um sistema de responsabilidade diferente, que também recomende o comportamento de simulação de mercado quando os direitos abstratos entrarem em conflito, mas que não pressuponha nenhum dever pessoal de agir sempre de algum modo que torne a comunidade mais feliz como um todo. Até aqui admitimos que, como o comportamento de simulação de mercado minimiza os prejuízos financeiros entre as pessoas afetadas por alguma conduta, aumentando assim a riqueza da comunidade como um todo, é preciso exigir que seja posto em prática em tais circunstâncias”. (DWORKIN, 1999, p.355).

8 Gargarella afirma que a ideia da loteria natural de Rawls é criticada por Dworkin, no sentido de não levar em conta as “circunstâncias que devem ser consideradas irrelevantes de um ponto de vista moral daquelas escolhas pelas quais os indivíduos devem ser responsabilizados” (GARGARELLA, 2008, p. XXI).

9 KYMLICKA, 2006, p. 103. De acordo com Dworkin: “Já resolvemos que as pessoas devem pagar o preço da vida que decidiram levar, avaliado naquilo de que as outras pessoas abrem mão para que possam viver como escolheram. Essa era a finalidade do leilão como dispositivo para estabelecer a igualdade inicial de recursos” (DWORKIN, 2012, p.92).

10 Segundo Clayton: “Dworkin’s conception of distributive justice, equality of resources, requires equality in the distribution of impersonal resources and compensation for personal resource deficits, or their consequences, to be determined by a fair hypothetical insurance scheme. Among other things, that conception offers a recognizably liberal account of interpersonal comparison for the purposes of justice”. (CLAYTON, 2002, p.8)



Dworkin propõe que, após as redistribuições do leilão e a prática do seguro acordado anteriormente, pensássemos na perpetuação do seguro por meio de um “sistema tributário para duplicar os resultados” (KYMLICKA, 2006, p. 103), ou seja, um imposto capaz de recolher “prêmios” que as pessoas pagariam com o intuito de garantir bem-estar social, assistência à saúde e contra o desemprego¹¹. Esses prêmios obtidos através do imposto de renda são necessários, pois, após o leilão inicial, dá-se o início da economia de mercado, juntamente com as produções, ocupações e atuações do comércio.

Para tanto, uma sociedade justa deve garantir a maior igualdade possível de recursos im pessoais e pessoais, ou seja, os recursos passíveis de apropriação e transferência e as qualidades da mente e do corpo que são preponderantes para o êxito da realização dos projetos individuais. Esse será um direito fundamental para garantir a igualdade, mesmo que possa significar um tratamento diferenciado a alguns¹². Para Dworkin, o tratamento como igual fundamentará a adoção das políticas (*polícies*) de ações afirmativas e sua eficiência proporcionará a justiça social, não como uma compensação do passado, mas com vistas a concretizar a igualdade de oportunidade e induzir transformações que visam a diminuir os problemas sociais aos quais as minorias estão sujeitas. Será através da tentativa de praticar a teoria liberal igualitária na educação que surgirá a ideia de uma política de ação afirmativa calcada no aspecto racial do pensamento de Dworkin. Em outras palavras, ao tentar garantir que a igualdade de recursos seja promovida para aqueles pertencentes às minorias raciais é que a ação afirmativa no ensino superior, mais especificamente a política de cotas raciais, torna-se necessária para a concretização da justiça distributiva no pensamento do autor.

Por meio da teoria da igualdade de recursos, Ronald Dworkin defende a prática de um modelo igualitário, com vistas à promoção de condições iguais para todos os cidadãos. Dentre as formas de práticas igualitárias engendradas por ele, encontram-se as ações afirmativas no ensino superior como uma forma justa de fomentar a justiça distributiva. A

11 Van Parijs levanta a objeção de que, mesmo depois do pagamento do prêmio, o sujeito ainda poderá não passar no “teste da cobiça”. De acordo com ele: “He himself mentions as its main defect the fact that envy will persist. After receiving due compensation in accordance with the scheme, an unemployed person is still most likely to envy the circumstances of a film star whose skills are in high demand and therefore command a far higher income, even after the payment of the premium.” (PARIJS, 2004, p. 52).

12 Em relação à compensação das desigualdades, Vita questiona: “Quais as formas de desigualdade que deveríamos ver como circunstâncias que, do ponto de vista de cada pessoa, não resultam de suas próprias escolhas? Os fatores que respondem por quinhões distributivos desiguais podem ser classificados da seguinte forma: as desigualdades raciais e de gênero (vamos denominar esse fator ‘Discriminação’), de origem familiar e posição social (‘Classe’), de talentos naturais (‘Talentos’) e de esforço, dedicação e empenho individuais (‘Empenho’). Esses fatores de desigualdade estão dispostos em um contínuo que vai do que é mais externo a escolhas individuais (‘Discriminação’) ao que é mais determinado por essas escolhas (‘Empenho’)”. (VITA, 2008, p. 37).



ação afirmativa, tal como proposta pelo jusfilósofo, tem por finalidade subtrair a discriminação por meio de um tratamento diferencial dada a um grupo minoritário, mediante um sistema de igualdade fática pautado no contexto social no qual o indivíduo está inserido. Nenhum filósofo da teoria liberal faz uma defesa tão radical das ações afirmativas como Dworkin. Para compreendermos com clareza essa defesa faz-se necessário recorrer ao estudo de casos analisados por Dworkin nas obras *Taking rights seriously (Levando os direitos a sério)* e *A matter of principles (Uma questão de princípios)*. Naquela, o jusfilósofo analisa de maneira simplória os casos em questão e, na segunda, desenvolve uma argumentação mais sofisticada e solidificada no que tange ao problema fulcral das ações afirmativas.

II

Ao falar sobre discriminação compensatória em *Taking rights seriously*, Dworkin analisa dois casos: *Sweatt versus Painter*¹³ e *DeFunis versus Odegaard*¹⁴. Em 1945, um negro chamado Sweatt tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, entretanto sua solicitação foi recusada, pois uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar aquela Universidade, tendo por base o entendimento doutrinário do *separate but equal* (separados, mas iguais). Diante disso, o Estado ofereceu ao candidato uma vaga numa Faculdade de Direito exclusiva para negros, a qual foi recusada por Sweatt, uma vez que esta não tinha a mesma qualidade de ensino e estrutura que a Faculdade de Direito da Universidade do Texas. Assim sendo, Sweatt processa o Estado tendo como base a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana (*equal protection clause*). A Suprema Corte afirmou que tal situação de separação não seria mais permitida, tendo em vista o direito à igualdade. Com base nesta Emenda, Sweatt foi admitido na Faculdade de Direito da Universidade do Texas¹⁵.

Ainda no mesmo capítulo, Dworkin nos apresenta o caso *DeFunis versus Odegaard*, ocorrido em 1971. O judeu Marco Defunis candidatou-se a uma vaga no curso de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, embora a sua nota fosse suficiente para o

13 Para saber mais sobre o processo *Sweatt versus Painter*, confira: *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

14 Para saber mais sobre a decisão do caso *DeFunis* confira: *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

15 Como uma parte do sustento da Universidade do Texas decorria de verba do Governo Federal, Sweatt defendeu o seu direito de não ser recusado com base em sua raça considerando a *Spending Clause* (cláusula de dispêndio de recursos públicos) da Constituição que foi mais delimitada e aplicada após a edição do *Civil Rights Act* de 2 de julho de 1964 e da *Executive Order* 11.246 de 1965, os quais contribuíram para a disseminação das ações afirmativas nos Estados Unidos. Assim, toda Universidade que recebesse verba pública (*the purse power*) não poderia “discriminar contra qualquer raça, e porque a lei da tributação recusa isenção de impostos a qualquer universidade que pratique a discriminação. Qualquer Suprema Corte que declare que a ação afirmativa viola a constituição provavelmente estaria dizendo que discrimina dentro do significado dessa lei”. (DWORKIN, 2012, p.544).



ingresso caso a referida Universidade não adotasse políticas de favorecimentos a grupos minoritários. DeFunis, então, dá início a um processo jurídico no qual alegava fundamentalmente dois problemas: *i.* a inconstitucionalidade do programa de ações afirmativas da Universidade, em face da violação do seu direito individual de ser tratado com igual consideração perante as leis, ou seja, o programa transgredia a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América; e *ii.* o seu direito de que a raça não seja usada como critério de seleção, independentemente de quanto uma classificação racial possa contribuir para o bem-estar da sociedade, devendo assim, ser avaliado apenas no que tange à sua inteligência.

Independente do resultado do processo a Universidade de Washington decidiu por admitir DeFunis, que viu seu processo chegar à corte somente quando já estava próximo de se formar. Considerando que o autor da ação já tinha conseguido a vaga, cinco Ministros optaram por não julgar mais o mérito da ação e apenas um, o juiz Douglas redigiu voto argumentando que a Décima Quarta Emenda Constitucional exigia “a reflexão de cada caso de maneira racialmente neutra” (DOUGLAS, *apud* GUNTHER, 1991, p. 759), alegando assim, que DeFunis deveria ter direito ao ingresso na Universidade de Washington.

Segundo Dworkin, na avaliação deste que foi o primeiro caso de processo contra o modelo de ação afirmativa no ensino superior dos Estados Unidos, os defensores das causas liberais se dividiram em posições contrárias. Por um lado, a classificação é um mal em si, pois todos possuem direito a uma oportunidade educacional proporcional às suas habilidades e, por outro, a ação afirmativa estatal é o “remédio” adequado para as graves desigualdades existentes na sociedade norte-americana¹⁶.

Ao analisar a reivindicação de DeFunis para a preservação de seu direito individual em detrimento das *policies* empregadas pela Universidade, Dworkin mostra-se contrário aos argumentos levantados pelo judeu, afirmando que: *i.* O programa da Universidade de Washington não pode ser considerado inconstitucional uma vez que a *equal protection clause* confere aos cidadãos o tratamento como igual, todavia não tornando ilegais as classificações raciais. Nesse sentido,

DeFunis não tem o direito a igual tratamento na alocação das vagas na faculdade de direito; não tem direito a uma vaga simplesmente porque elas são oferecidas a outros (...). Em outras palavras, tem direito de que seus interesses sejam examinados com a mesma simpatia e tão plenamente quanto os interesses de quaisquer outras pessoas, quando a faculdade de direito

16 Cf. DWORKIN, 2002, p.345.



decidir se a raça dos candidatos será um critério pertinente de admissão (DWORKIN, 2002, p. 350).

Ademais, *ii*. DeFunis não possui o direito de ser avaliado apenas pelo seu mérito, pois a Universidade tem a opção de escolher qual missão acreditar ser a mais apropriada, seja ela qual for. Por isso, Dworkin cita o exemplo da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, que considera como fator preferencial os “veteranos que haviam frequentado a escola antes de servirem nas forças armadas” ou mesmo Harvard, que opta pela preferência aos filhos de ex-estudantes de sua Universidade. Assim, a adoção da faculdade de um critério que beneficie minorias tem como objetivo proporcionar o acesso ao ensino superior, este que muitas vezes foi negado às minorias ou oferecido em instituições segregadas. Nesse sentido, o programa de ações afirmativas teria como substrato a adoção de uma igualdade que garantiria a distribuição de renda e, conseqüentemente, maior ganho para a sociedade.

Para Dworkin, o que ocorreu no caso DeFunis foi a violação do seu “direito individual à igualdade em nome de uma política de maior igualdade geral” (DWORKIN, 2002, p.349). Dessa forma, Dworkin se vale de um argumento de natureza utilitarista para a defesa da política de ação afirmativa quando afirma que:

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho (...) o direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da sociedade em geral (...) qualquer política de admissão necessariamente coloca em desvantagem e é razoável supor que uma política que dê preferência aos candidatos oriundos de minorias beneficie a comunidade com um todo (DWORKIN, 2002, p.349).

Dworkin associa a esse argumento de maior benefício para a sociedade como um todo o motivo pelo qual os casos DeFunis e Sweatt não devem ser aceitos ou recusados em conjunto. *Pari passu*, os casos não podem ser igualmente tomados como discriminatórios e nem serem diferenciados pelo pano de fundo da segregação e escravidão. Não obstante, esses dois casos devem ser diferenciados tendo em vista o objetivo social, qual seja, a ideia de que, em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode ser justificada pelo resultado positivo em relação à comunidade. Por um lado, os argumentos utilizados para segregar Sweatt são baseados em preferências externas



(*separate but equal*), o que viola o seu direito constitucional de ser tratado com igual consideração e respeito. Por outro lado, o argumento a favor da discriminação de DeFunis é pautada em uma política adequada que respeita o direito de todos os membros serem tratados como iguais, por essa razão a Universidade de Washington, ao levar em consideração os negros, não falhou no teste da equidade (*fairness*) e da constitucionalidade. A exclusão racial segregacionista do caso Sweatt pautava-se na “despicable idea that one race may be inherently more worthy than another” (DWORKIN, 1977b, p. 07), enquanto para o filósofo, na situação de DeFunis não estava expressa o mesmo preconceito. Ela apenas afirma que a promoção da diversidade é mais importante, sendo assim, ser negro “may be a socially useful trait in particular circumstances” (DWORKIN, 1977b, p. 07).

Diante dessa diferenciação, Dworkin ressalta a importância de estabelecer as distinções necessárias para o entendimento das injustiças decorrentes das classificações raciais, bem como a interpretação cautelosa da *equal protection clause* para que, inadvertidamente, não seja utilizada para fraudar a igualdade. Em razão disso, Dworkin afirma que um programa de admissão preferencial poderá até não criar uma sociedade mais igualitária, entretanto não pode ser considerado injusto.

III

Posteriormente, em *A matter of principles*, o filósofo analisa o caso de política de cotas mais emblemático da literatura jurídica norte americana: *University of California versus Bakke*¹⁷. Este será abordado com maior afinco, haja vista que permite o estudo mais aprofundado do desenvolvimento do modelo de ação afirmativa dworkiniana. Vejamos o caso.

Em 12 de outubro de 1977, a escola de medicina da Califórnia adotou um programa de ação afirmativa que objetivava a maior admissão de estudantes negros entre os seus discentes. O chamado *Task Force Program* consistia em reservar aos estudantes negros 16% das vagas totais do processo de admissão. Essa destinação permitia que os contemplados nesse programa fossem admitidos com a nota média menor que os demais candidatos. Allan Bakke era um estudante branco que concorria a uma cadeira no curso de medicina e fora reprovado no acesso à universidade, embora o seu desempenho fosse suficiente para que ingressasse caso não houvesse o sistema de cotas. Insatisfeito com a sua reprovação, Allan Bakke entrou com um processo junto ao Poder Judiciário local, e, posteriormente, o caso chegou à instância da Suprema Corte Norte Americana. Após discutirem a constitucionalidade do programa da

17 Para ler a decisão judicial na íntegra, confira: *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <http://supreme.nolo.com/us/438/265/>.



Universidade da Califórnia, que utilizava a raça como o critério fundamental para a destinação das vagas, a Corte decidiu o caso em favor do proponente, ou seja, Bakke pôde ingressar no curso.

É possível resumir em três os argumentos levantados em defesa de Bakke, a saber: *i.* a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa, por ferirem o direito à igualdade daqueles que obtiveram a vaga¹⁸; *ii.* o direito do indivíduo de ser avaliado pelo critério da meritocracia e não como membro de um grupo racial definido; e *iii.* a discriminação racial inversa provocada por critérios que estariam alheios ao seu próprio controle individual. Os argumentos utilizados por Colvin, advogado de Bakke convenceram a Suprema Corte de que era efetivamente justo que seu cliente obtivesse a vaga na Escola de Medicina, porém tal convencimento não foi alcançado facilmente.

Segundo Dworkin, a Corte de nove juízes encontrava-se tão dividida que emitiu três posições diversas. Do total de magistrados, quatro votaram pela invalidação da política de ingresso da referida universidade considerando que o seu sistema de cotas violava o Título VI do *Civil Right Act* de 1964¹⁹, uma vez que a Universidade recebia recurso do governo federal, devendo o autor da ação ser reintegrado ao curso. Quatro outros juízes acreditavam na política de ingresso aplicada pela universidade sobre a base de que estava justificada em virtude da necessidade de corrigir os efeitos da discriminação racial vivenciada no passado. Sendo assim, Bakke não teria direito à vaga. Por fim, a posição do nono juiz, Lewis Powell, prevaleceu, o qual defendeu a inconstitucionalidade de programas de cotas fixas, recusando, assim, a noção de que uma política baseada em cotas raciais ou justificada no interesse de aumentar o número de médicos entre as minorias fosse constitucional. Todavia, Powell não declarou expressamente que a raça não poderia ser utilizada como critério de admissão nas universidades norte-americanas, pois o problema encontrava-se, segundo o magistrado, no fato dela ser utilizada como o critério único para a destinação das vagas.

Não obstante, Powell reconhece a constitucionalidade de programas de cotas flexíveis tendo em vista exclusivamente garantir a diversidade do corpo estudantil. Em outras palavras, foi considerado legal o sistema de admissão nas quais a raça representava apenas um dos critérios para admissão do candidato como ocorria em universidades prestigiadas como é o

18 Para alguns juristas como Richard Posner, as ações afirmativas devem sempre ser vistas como inconstitucionais, pois ferem a Cláusula de Igual Proteção Norte Americana. A respeito disso, Posner afirma: “Affirmative action is unconstitutional; it violates the equal protection clause; it violates the highly prized value of a color blind society”. (POSNER. R., 1998, p. 250)

19 Segundo o título VI do *Civil Right Act* de 1964: “It prohibits discrimination on the basis of race, color, and national origin in programs and activities receiving federal financial assistance”. (42 U.S.C. 2000d - 2000d-7). Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>>.



caso de Harvard. Nesse sentido, outros critérios, dentre eles a raça, poderiam ser utilizados para compor a nota final do estudante (*benchmark score*). Esses outros critérios podem ser o histórico escolar, provas de aptidão, entrevistas e a probabilidade de atuar com maior eficiência na profissão²⁰.

Em seguida, o juiz salientou ainda a necessidade de serem consideradas as especificidades de cada indivíduo, com o intuito de garantir a justiça nos sistemas de avaliação que partem de um processo democrático. Deve-se, nesse sentido, utilizar-se de uma investigação rigorosa (*strict scrutiny*) das condições dos candidatos para que se possa garantir que os critérios de admissão sejam justos. Em outras palavras, para que a classificação seja justa faz-se necessário a adoção de um padrão rigorosíssimo, o que não ocorre com a reserva de vagas. Para o juiz Powell, a reserva de vagas tal como utilizada pela Universidade da Califórnia, não assegurava a efetiva diversidade estudantil porque apenas uma faceta isolada do candidato estava sendo considerada durante o processo de admissão. Segundo ele:

The diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element. [The Medical School's] special admissions program, focused solely on ethnic diversity, would hinder rather than further attainment of genuine diversity (FULLINWIDER; LICHTENBERG, 2004, p.154).

Como já aventado, Powell rejeita a política de cotas empreendida pela Universidade da Califórnia e defende um tipo de ação afirmativa mais flexibilizada, na qual a raça seja apenas um dos critérios a ser considerados²¹. Diante das insuficiências encontradas, o parecer final a favor de Bakke garantiu o seu direito de cursar medicina na Universidade da Califórnia, em Davis²².

Dworkin é contrário à decisão de Powell, afirmando que o *Task Force Program* possuía duas finalidades bem definidas, a saber: promover um bem social específico e garantir um cálculo estratégico capaz de engendrar tal bem social. O primeiro referia-se à necessidade

20 Por exemplo, possuir dedos longos para aqueles que almejam ser pianista, aptidão para aprender línguas estrangeiras para quem espera ser relações internacionais, mãos ágeis para quem pretende ser médico, entre outros.

21 Em outra obra, *O Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a preocupação da Corte na decisão Bakke não foi com vistas a garantir a “superação das consequências estruturais de gerações de injustiças [mas] com os efeitos de programas como esses sobre os candidatos ou trabalhadores de raça branca que ficariam em desvantagem, e procurou encontrar restrições adequadas (...) embora uma Universidade Estadual possa levar em conta a raça como fator entre outros, não pode usar quotas rígidas para a admissão de minorias a fim de promover a diversidade racial dos estudantes”. (DWORKIN, 2006, p. 249.)

22 Peter Singer na obra *Ética prática*, analisa a decisão do caso Bakke, afirmando que a ética não restringe a adoção do critério racial, contanto que, seja dada algum tipo de preferências igualitárias quanto às oportunidades. (SINGER, 2002, p. 61).



de impedir que as carreiras mais importantes e lucrativas da sociedade fossem prerrogativas apenas para a raça branca, ao passo que a segunda visava a aumentar os números de negros nas profissões de prestígio para, no futuro, “(...) reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial da comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa” (DWORKIN, 2005, p. 439), ampliando a autoestima do negro e a diversidade racial. Pautado nesse ideário, a decisão da Universidade da Califórnia seria justa para Dworkin.

Para ele, todos os três elementos levantados pela defesa de Bakke não eram plausíveis. Primeiramente, por não reconhecer que essas políticas violam o princípio fundamental de moralidade do direito, não sendo assim inconstitucional, haja vista que “não há nenhum texto na constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa” (DWORKIN, 2005, p. 445). Vale lembrar que o objetivo social esperado deverá prevalecer sobre o direito individual de Bakke. O segundo argumento rechaçado pelo filósofo é quanto à meritocracia, dado que o candidato não pode ser avaliado exclusivamente pelo critério meritocrático, porquanto o mérito individual ultrapassa critérios numéricos das provas de admissão não devendo, pela ótica dworkiniana, a universidade considerar apenas os testes de inteligência. E, por fim, Dworkin rechaça o último apontamento de Colvin alegando que “as exclusões baseadas na raça foram baseadas historicamente não por algum cálculo instrumental (...) mas por causa do desprezo pela raça ou religião excluída. A exclusão por raça era um insulto, pois era gerada pelo desprezo” (DWORKIN, 2005, p. 449). Ademais, Bakke era parte da maioria e muitos dos brancos como ele foram aceitos no processo seletivo. Dessa forma, sua reivindicação de que fora excluído por causa de sua raça era ilegítimo. Dworkin, assim, aduz que Bakke teria sido aceito caso fosse negro, mas também poderia ter sido aceito se fosse dotado de outros critérios alheios ao seu controle, por exemplo, se fosse mais inteligente ou se tivesse causado uma melhor impressão na entrevista²³.

Na obra *O Direito da Liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a Lei dos Direitos Civis tomou força na década de 1970 e início de 1980, de tal forma que se voltou contra as discriminações subjetivas e estruturais²⁴. Nesse sentido,

23 Cf. DWORKIN, 2005, p.445.

24 As discriminações estruturais eram reconhecidas pela constituição norte-americana e a sua erradicação se dava por meio de um objetivo público de primeira importância. Para Dworkin, esse tipo de discriminação nasce no seio das contratações de brancos e negros, nas quais, é possível perceber extrema dissiparidade. Acerca disso, o filósofo exemplifica com o caso *Wards Cove Packing Co. v. Alioto*, no qual as contratações de uma fábrica de enlatados no Alasca, foi observada. Constatou-se que, os trabalhos subalternos, desagradáveis e difíceis eram realizados por negros, por outro lado, os trabalhos mais bem pagos e que dispunham de alojamentos e refeições de qualidade eram realizados por brancos. Tendo em vista essa disparidade, o tribunal de apelação estabeleceu que a empresa deveria provar a necessidade de tal situação para a efetivação dos negócios. (Cf. DWORKIN,



as formas de erradicar essa discriminação se dão por meio de dois princípios básicos, sendo o primeiro a proibição de qualquer política que possa gerar a discriminação, ou seja, a imposição de que todas as formas de discriminação estrutural são ilegais. Essa discriminação é caracterizada pelo oferecimento desproporcionalmente pequeno de vagas em empregos para aquelas pessoas que não são negras. Tal discriminação, segundo Dworkin, deve ser evitada a menos que esse procedimento seja requisito indispensável para a prática negocial. Como consequência desse primeiro princípio, os tribunais de direito passam a ter o cuidado para que as condições de emprego e salário não sejam promotoras de discriminação por sexo ou raça²⁵. Por sua vez, o segundo princípio analisado por Dworkin é o da permissão de que tanto as instituições públicas quanto as privadas pudessem dar algum tipo de favorecimento a grupos minoritários nos processos de admissão de pessoal, a fim de que possam elas contribuir para a erradicação “das consequências estruturais de gerações de injustiça” (DWORKIN, 2006, p. 249) que esses grupos veem sofrendo ao longo dos anos.

Dessa forma, Dworkin por considerar a necessidade da diversidade racial na sociedade norte-americana, lança mão do argumento teleológico de que a ação afirmativa é o recurso para a promoção da justiça distributiva igualitária que reconhece as diferenças de caráter social que marcam os negros nos Estados Unidos.

Considerações Finais

Como vimos, através da teoria jurídica de Dworkin é possível compreender como surge na esfera jurídica, entre regras e princípio, as *policies*, com finalidades específicas de lidar com problemas de uma sociedade plural e desigual. Por meio do modelo político fortemente igualitarista que exige a igualdade de fato, não cabendo mais o apelo meramente formal, ou seja, uma igualdade nos textos jurídicos que não representa a sociedade real. Reconhecido o passado de políticas segregacionistas e excludentes, as desigualdades sociais mostram-se como molas propulsoras para políticas sensíveis racialmente. Apesar de todo esse embasamento filosófico a continuação das *policies* exige o controle de sua execução e eficiência, o que determinará a dinâmica do governo.

2006, p. 250).

25 Warren Burger ao julgar o caso *Griggs v. Duke Power Co.* de 1971 e expor o princípio da não discriminação pela primeira vez da história da Constituição norte-americana, afirma que: “o objetivo do Congresso ao promulgar o título VII [da Lei de Direitos Civis] é claro... Práticas, procedimentos ou provas neutros na aparência, e até mesmo neutros...quanto à intenção, não podem ser conservadores se colaboram para ‘congelar’ o *status quo* criado por práticas discriminatórias anteriores”. (BURGER, *apud* DWORKIN, 2006, p. 248).



Dessa forma, consideramos o problema central a necessidade da ação afirmativa como tentativa de resolver o desequilíbrio social inerente às sociedades modernas através do acesso de minorias à universidade. Oferecemos, para isso, o enfoque do modelo igualitário liberal de Dworkin como justificativa de modelos afirmativos. Como vimos, as ações afirmativas são consideradas justas com base na diversidade e na promoção do reconhecimento e da autoestima. Nesse sentido, Dworkin não reconhece a inconstitucionalidade da utilização da raça como um critério de admissão nas universidades. E, assim, utilizando como artifício as reservas de vagas no ensino superior como um dispositivo de distribuição social, a política de ação afirmativa seria um recurso de promoção de justiça distributiva igualitária que reconhece as diferenças de caráter social que marcam os negros nos Estados Unidos.

Por fim, as lutas raciais nos Estados Unidos passam constantemente por diversos percalços, assim como as lutas na realidade brasileira. Nesse sentido, há um caminho a ser percorrido que passa não somente por movimentos sociais, mas também pelo poder do judiciário em atuar e contribuir para a amenização de problemas na sociedade. O Direito passa, dessa forma, a interferir positivamente nas relações sociais, demonstrando não ser apenas um instituto estatal estanque, que em nada dialoga com os diferentes grupos que compõem a sociedade, para se tornar atuante nas necessidades de concretização do valor constitucional da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEATTY, David. **A essência do Estado de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

CLAYTON, Matthew. Liberal Equality and Ethics. **Ethics**, Vol. 113, n. 1, out. 2002, p. 8 – 22.

COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas. **Equality and preferential treatment**. Princeton: Princeton University, 1977.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade: a constituição moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Why Bakke has no case. **The New York Review of Books**, 1977b, p. 01-11.



FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para cigarras e formigas. **Novos Estudos**, 2007. p. 243- 253.

FULLINWIDER; LICHTENBERG, J. **Leveling the playing field**: justice, politics, and college admissions. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Edinburg: Edinburg University Press, 2010.

GUNTHER, G. **Constitutional Law**. Westbury: The Foundation Press Inc., 1991.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PARIJS, Philippe Van. Equality of Resources Versus Undominated Diversity. **Dworkin and his critics**, 2004.

POSNER, Richard. The Defunis case and the constitutionality of preferential treatment of racial minorities. **Affirmative Action and the Constitution**, New York: Garland, 1998, p. 249 – 280.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, Peter. A discriminação racial é arbitrária? **A coisa certa a se fazer**. Porto Alegre: AMGH Editora, 2002.

SOWEL, Thomas. **Affirmative Action Around the World**: an empirical study. New Haven: Yale University Press, 2004.

UNITED STATES. **Title VI of the Civil Rights Act of 1964**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>>. Acesso em: 28 de março de 2017.

_____. **DeFunis v. Odegaard**, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. **Regents of Univ. of California v. Bakke**, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <<http://supreme.nolo.com/us/438/265/>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

_____. **Sweatt v. Painter**, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SOBRE A AUTORA:

Thaís Cristina Alves Costa

Doutoranda em Filosofia do PPGFil da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Atualmente em estágio doutoral no exterior na *University of North Carolina - Chapel Hill (UNC)*, sob orientação do professor Geoffrey Sayre-McCord. Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal de Rio Grande (FURG). E-mail: tthais@email.unc.edu

 <https://orcid.org/0000-0002-1274-0431>

Recebido em: 09 de dezembro de 2020

Aprovado em: 30 de janeiro de 2021